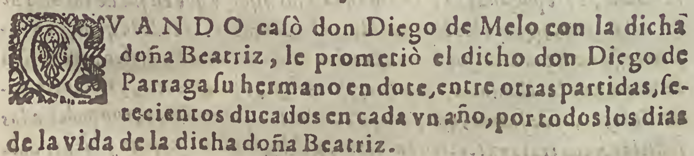
POR DON DIEGO DE MELO, COMO padre y legitimo Administrador de doña Luisa de Melo su hija, y de doña Beatriz de Porras su muger,

EN EL PLEITO

CON

EL LICENCIADO Don Diego de Parraga Presbytero.



QVANDO casò don Diego de Melo con la dicha doña Beatriz, le prometiò el dicho don Diego de Parraga su hermano en dote, entre otras partidas, setecientos ducados en cada vn año, por todos los dias de la vida de la dicha doña Beatriz.

Quando muriò la dicha doña Beatriz, en su testamento hizo la clausula siguiente.

ITen declaro, q̃ al tiempo, y quando se tratò casamiento entre mi y el dicho D. Diego de Melo, en las capitulaciones de dote que se hizierõ por el dicho mi marido, y don Diego de Parraga mi hermano, de mas de la donacion irreuocable, que el dicho mi hermano me hizo de todos sus bienes muebles y rayzes, para que yo sucediesse en ellos, con ciertas declaraciones, se obliga de me pagar, y yr pagando setecientos ducados de renta en cada vn año, durante mi vida, y la de mis hijos, en caso que los tuuiesse: y respeto de que al presente

tengo

tengo por mi hija legitima a doña Luisa de Melo: la qual por mi fallecimiento sucede en los bienes de la dicha donacion en los dichos setecientos ducados de renta en cada vn año, que el dicho don Diego de Parraga mi hermano me paga, y ha de pagar a la dicha mi hija, conforme a su obligacion.

Por tanto quiero, y es mi voluntad, que delos dichos setecientos ducados de renta en cada vn año, que el dicho mi hermano me paga, ha de pagar a la dicha mi hija, y al dicho don Diego de Melo Mexia, como su padre, y legitimo Administrador, se le den, y paguẽ, y el dicho mi hermano dè, y pague de su propia mano a doña Ynes de Parraga nuestra hermana, Monja professa en el Conuento de Santa Clara en la villa de Marchena, cinquenta ducados de renta en cada vn año, durante su vida, en la forma, y a los plazos, como le pareciere al dicho mi hermano, para ayuda a sus necessidades; y con los seiscientos y cinquenta ducados restantes de renta en cada vn año, ha de acudir, y yr, acudiendo, como dicho es, a la dicha mi hija, y al dicho don Diego de Mexia, como su padre, porque assi ha sido, y es mi voluntad.

Y yo el dicho don Diego, que soy presente, declarando, como declaro, que la relacion desta clausula es cierta y verdadera, otorgo, que aceto, y me obligo de pagar, y que pagaré los dichos cinquenta ducados cada vn año a la dicha doña Ynes de Parraga nuestra hermana, y de pagar, y pagaré los seiscientos y cinquenta ducados restantes de renta en cada vn año de la dicha renta a la dicha doña Luisa de Melo y de las Casas, mi sobrina, su hija de la dicha mi hermana, y al dicho don Diego de Melo su padre, y legitimo administrador, a los plazos, y de la forma, y segun se contiene en la dicha escritura de capitulaciones de la dicha dote, obligacion, y donacion, que mi intencion y voluntad ha sido, y es de cumplir con la dicha obligacion; y por falta, y muerte de la dicha mi hermana, le yrè pagando la dicha manda a sus hijos, y que en fin de los dias de mi vida ayan, y gozen los bienes de la dicha donacion. A todo lo qual, y en caso necessario, y para mayor demonstracion de mi voluntad y desseo, me obligo de nueuo, con las clausulas, y fuerças, y firmezas, y juramentos, y renunciaciones de leyes, y de fueros, que para su validacion se requieran, con poder a las justicias, y con trato executiuo en forma, y obligando mi persona y bienes auidos, y por auer.

En virtud desta obligacion don Diego de Melo pide mandamiento de execucion contra don Diego de Parraga, por los corridos que se le deben desde el dia que se casò, y se le notificò precepto de soluendo, con apercebimiento de execucion: y el se opone, alegando, que no ay instrumento en que se funde via executiua, porque la escritura de Capitulacion Matrimonial, fue limitada por los dias de la vida de su hermana, y la segunda escritura fue erronea, por auerse fundado en causa falsa, que fue

dezir

dezir, que estaua obligado en la Capitulacion a pagar los setecientos ducados a la dicha su hermana, y los hijos, siendo assi, que consta lo contrario por ella. Tambien pretende que tiene pagado, y ha presentado cartas de pago.

Don Diego de Melo pretende, que sin embargo de lo que alega, se ha de despachar el mandamiento de execucion, reseruando las excepciones de la otra parte para los diez dias.

Para esto se ha de suponer, que la execucion se funda en dos instrumentos, y se pide por corridos de diferentes tiempos; el vno es la Capitulacion Matrimonial, en cuya virtud se piden los reditos hasta el dia de la muerte de la dicha doña Beatriz, y en estos no ay ninguna duda, ni se opone mas que la excepcion de paga; y esta excepcion nunca impide el ingresso, porque tiene su lugar en los diez dias, y es de las principales que expressa la ley 1. del tit. 21. lib. 4. Recopil.

El otro instrumento es la segunda obligacion, en cuya virtud se piden los corridos despues de la muerte acà, y en esta es donde se pone la duda, por dezir que cōtiene error en la causa, y assi falta el consentimiento.

Sin embargo pretende don Diego, que se despache mandamiento de execucion, y se reserue la excepcion para los diez dias, porque no es de tal calidad, que pueda impedir el ingresso, ni retardar la execucion, y para que se prosiga en ella, y se funde bien la via executiua, basta que el contrato, y la obligacion sea legitima, y tal, que trayga aparejada execucion, porque siendolo, se ha de executar: porque el acreedor que se funda en la obligacion, aunque sea erronea, se funda bien, porque el error no anula la obligacion, ni impide que nazca della la accion eficaz, y valida, aunque ex equitate se le concede excepcion al deudor, ita expressè ait textus in §. 1. instit de except. ibi: *Verbi gratia: Si me coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est iure ciuili te obligatum esse, & actio qua intenditur dare te oportere efficax esse.* Y conforme a las leyes deste Reyno, las obligaciones validas, y legitimas traen aparejada execucion, y las excepciones tienen su lugar en los diez dias, conforme a la ley primera tit. 21. lib. 4. Recop.

No nos embaracemos en la question que mueuen aqui los Doctores, si se puede admitir otras excepciones legitimas mas de las expressadas. Porque lo que dezimos es, q̄ de qualquiera manera que sea, la excepcion no impide el ingresso de la via

exe-

executiua; pues no lo impiden aquellas excepciones; que expressan las leyes, y assi mucho menos impediràn las otras que estàn en question y disputa.

Y esto procede sin duda, quãdo para mas justificacion huuo precepto de soluendo, porq̃ con èl no se vulnèra la via executiua, antes se justifica, porque como esta obligacion tiene visos de legado, y de contrato, bien se pudo començar por precepto, para justificar la via executiua, vt ait Parladorus lib. 2. rerum quotidianarũ, cap. fin. p. 1. §. 9. nu. 2. & 3. Mieres de maioratibus, 1. p. q. 52. nu. 73.

Y aunque algunos dizen, que el heredero debe ser oydo si alega excepciones releuantes; esto procede en el heredero que no tiene contra si mas que el testamento: pero quando ay contrato y obligacion executiua, el precepto no vulnêra el instrumento, porque equiuale a clausula guarentigia. Assi lo aduirtiò doctamẽte Antonio Thesaur. decis. 26. n. 12. Y esto procede con llaneza en España, donde ay leyes que dan via executiua al instrumento, sin que sea necessario disputar primero de los meritos de la obligacion, porque basta que la escritura, y el instrumento sea cierto, y autentico, para que se despache el mandamiento de execucion, aunque se aleguen las excepciones mas legitimas del mundo, porque para esso la ley del Reyno concediò el termino de diez dias. Assi lo dize expressamente la ley 2. dict. tit. 21. lib. 4. Recopilat. ibi, *Ordenamos, y mandamos, que cada, y quando que mostraren cartas y contratos publicos, y recaudos ciertos, que tengan contra qualquier personas de qualesquier deudas que les fueren debidas, que las dichas justicias las cumplan, y lleuen a debida execucion; seyendo passados los plazos de las pagas, no seyendo legitimas qualesquier excepciones, que contra los tales contratos fueren alegadas: en tal manera, que los acreedores sean pagados de sus deudas: y que las justicias no lo dexen de assi fazer, y cumplir, por paga, o excepcion, que los dichos deudores aleguen; saluo si dentro de diez dias mostraren la tal paga, o legitima excepcion, &c.* Y la ley 3. del mismo titulo declara, que estos diez dias han de correr desde el dia que se opusieren à la execucion. Y la ley 19. del mismo titulo declara mas bien la forma que se ha de guardar en este juyzio, ibi, *Porque por no estar declarado por leyes destos Reynos la forma que se ha de tener en las execuciones que se hazen de los contratos publicos, y de otras escrituras que traen aparejada execucion. Ordenamos, y mandamos, que quando se pidiere alguna execucion, y al juez le pareciere, que la escritura, o recaudo porque se pide, debe ser executada, dè su mandamiento*

de

de execució, sin citar a la parte executada para ello. Y luego dize la forma de los pregones. Y prosigue. *Y dados los dichos pregones, sea citado para el remate, y hecha la dicha citació, si dëtro de tres dias se opusiere, y alegare excepció legitima, cõforme a la ley 1. y 2. dest. titulo, corrã los diez dias de la oposicion, haziendose, como dicho es, dentro de tercero dia. Y no haziendo la oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el juez hazer remate, y pago a la parte, &c.*

Esto solo basta, para que no se pueda poner duda en despachar el mandamiento de execucion, pues la obligacion es clara y publica, y en su apariencia no tiene defecto alguno: y assi no es este tiempo, ni lugar de examinar los meritos de las excepciones, pues se han de reseruar para los diez dias; y aun entonces esta excepcion del error, no puede impedir el remate, ni es admitible; porque, o el error es de quenta veluti error calculi, o es en la cosa, y la substancia della. En el primero caso, siẽpre se puede admitir: pero en el segundo no, porque vale el acto, aunque contenga error. Assi lo dize el §. 1. *institut. de excep.* y la ley 1. *versic. item si calculi error, & versic. si verò ff. quæ sententia sine appellatione rescindatur,* l. 19. *titul.* 22. *partit.* 3. ibi, *Que no lo pueden deshazer por razon de cuenta errada, si viniere el yerro de parte de aquellos que contienden de qualquier manera que sea.* Explicat *Parlado rus rerum quotidianarum, cap. fin. 5. part. §. 11. num. 42. versic. quid ergo.* Y en el numero 44. dize: *Diuersum verô erit in errore rei, narnis si in rem transierit iudicatam, vel in obligationem istrumenti guarentigij, non puto executionem impedire, quoniam non sit exceptio hæc de exceptionibus directis, vel vtilibus, quas lege Henricia comprehendi diximus.* Optimè *Thesauro, decis. 26. num. 1.* Donde resuelue, que los Doctores que dizen que se puede admitir la excepcion del error, no dizen, que por ella se impida, ni retarde la execucion del instrumento. *Possunt enim ista simul stare, quod liceat de errore deducere, & executio non impediatur fauore talis instrumenti, vt in simile tenet Bartolus in l. 1. §. parui, columu. fin. ff. quod vi, clam: Et ideo voluit Baldus, quod haberet instrumentum, hac exceptione non obstante executionem paratam.* Y aunque el mismo Thesauro dize, que si contra el instrumento guarentigio se opusiere, o probare incontinenti del error, se admitirà. Esto procede en el error que escusa, y se prueba clarè en los diez dias, conforme a las leyes del Reyno. Optimè Antonio Gallecio de obliga. cameral. q. 18. num. 16. Y en el 19. concluye, que las excepciones se han de oponer, y probar, y oyr en el termino despues de la citacion,

que es lo que acà dezimos citacion de remate, conforme a la ley del Reyno. Y Zaquias en la addicion en este lugar, num. 88. dize: *Quod non admittitur contra hanc obligationem exceptio, quod illa per errorem facta fuerit, quia hæc exceptio altiorem requirit indaginem.*

Y es muy a proposito la decision 736. de Serafino, ibi, *Fuit resolutum constare de credito claro & liquido dominorum Antinoris, & Alemanis per instrumentum publicum obligationis Cameralis, quod dicitur continere probationem probatam, & ideo locum esse executioni dicti instrumenti, non obstantibus ex aduerso adductis.* Nam quod deducitur obligationem *contractam fuisse per errorem, non bene probatur, & res requirit altiorem indaginem; quia multa deducuntur, ex quibus iste error redditur inverosimilis, & dubius.* Lo mismo resuelue en la decis. 705. nu. 3.

Y estas doctrinas se ajustan indiuidualmente a este pleyto, porque el instrumento es liquido, y claro, y en èl se funda la execucion, y no se puede retardar por la excepcion del error, aun quando se opusiera en tiempo, porque requiere largo conocimiento. Y para esto se ha de aduertir, que el error se considera de tres maneras, injusto, justo, y justissimo. *Iniustus dicitur quando est in facto proprio sine asseueratione partis, vt si quis credat emisse quod non emit. Iustus est quando est facti proprij, sed habet asseuerationem partis, quæ inducit ad hoc credendum. Iustissimus est in facto alieno.* Plenè tradit *Socinus consil. 47. numer. 8. lib. 1.* Tradit *Mascardo de probation. conclus. 637. tom. 1. numer. 5. Tuschus conclus. 325. litera, E.*

La regla es, que el error justo, o justissimo, escusa, y se prueba eo ipso quod res aliter se habet, porque nace del hecho ageno, y se presume ignorancia, y falta el consentimiento. *l. de ætate. §. qui iusto errore, vbi gloss. ff. de interrogat. act. l. si per errorem 15. ff. de iu isdict. omn. iudic. l. non fatetur, ff. de confess. l. si post diuisionem. C. de iuris, & factis ignorantia.*

Pero quando se alega error in facto proprio, tiene contra si la presumpcion quien lo alega, porque es error injusto, y no basta probar *quod res aliter se habet*; porque como consiste in facto propio, no se presume ignorancia; y assi aunque se pruebe *quod res aliter se habet*, se presume auerse obligado *ex certa scientia, & non per errorem*: y no escusa, ni es probable, *vt probat textus in l. item quæritur. §. si Fullo, ff. locati*, ibi, *Etsi palium Fullo permutauerit, & alij alterius dederit ex locato actione, tenebitur etiam si ignarus fecerit*: y la glossa dà la razon: *Quia cum errauit in suo facto non est probabilis ignorantia. l. quamquam, ff. ad Vellejan.* ibi, *Quia facti*

non

non potest ignorationem prætendere. Y aqui nota la glossa, verbo Non potest, *Quod non licèt in facto proprio errare.*

Lo mismo prueba la ley cum falsum, ff. de adquirenda hæreditate; y es buen texto la ley *plurimum, ff. de iuris & facti ignorant.* ibi: *Plurimum interest vtrum quis de alterius causa, & facto non sciret, an de iure suo ignoret.* Tradit Surdus, *decis.293. num.12. vbi ait, Quod error in facto proprio non est probabilis. Rota per Farinatium in posthum. decis.121. numer.1. tom.1. per textum in dict. l. quamquam. ff. ad Velleian. Caualcan. decis.28. num.22. part.1.* donde dize: *Quod error facti non excusat, quando est factum de propinquo, & versatur circa factum proprium.* Optimè *Veroius consil.2. volum.2. nu.42.* vbi ait, *Quod error facti dicitur crassus, & supinus, & non debet prodesse alleganti. l. nec supina. l. regula, §. si quis, ff. de iure, & facti ignorant. l.22. tit.6. part.1. vbi glossa 10. vbi notatur,* que es improbable la ignorancia de lo que se debe saber.

Y aunque algunos suelen limitar esta doctrina, *Quando agitur de damno vitando, quia tunc licèt error sit in facto proprio, excusat, & probatur quando res aliter se habet;* Lo contrario es mas cierto, *vt ex Bartol. & Bald. tenet, & resoluit Mascardus de probation. conclus.642. litera E. num.4. & 5. tom.1.* donde resuelue, *Quod opinio, quod non satisfit ostendere se aliter habere in facto proprio, licèt agatur de damno vitãdo, proprius ad veritatem accedit, cum clarum sit in facto proprio non præsumi errorem, ex l. quamquam, ff. ad Velleian. l. fin. ff. pro suo. l. si post diuisionem. C. de iuris, & facti ignorantia, &c.*

Y para impedir la via executiua de vn instrumento, no ha de estar en disputa, si el error es admissible, y probable, sino que se ha de probar concluyentemente, y no se prueba solo porque conste lo contrario de la escritura referida en la obligacion, y mucho menos en este caso, porque la primera obligacion la hizo don Diego de Parraga, y fue hecho suyo propio, que no lo pudo ignorar; y assi no importa que la relacion de la segunda escritura aya sido menos ajustada; porque con la sciencia que tuuo de su mismo hecho, fue visto obligarse ex certa sciencia, y no por error de la relacion. *l. sed & si quis. §. item quæritur, ff. si quis cautionibus,* ibi, *Si per errorem dandam fideiussoribus exceptionem si ex conuentione minimé dandam.* Y aqui la glossa, verbo ex conuentione, dize: *Ex certa scientia:* y entonces se presume, y tiene la obligacion por de cierta sciencia, quando se haze por cantidad determinada, y cierta, como lo dize el mismo texto, ibi, *Si autem ex conuentione tantæ summæ promissio facta sit exceptionem pacti conuenti*

genti replicatione infirmandam, Iulianus ait. Y esto se ajusta aqui, porque don Diego de Parraga se quiso obligar, y obligò por la segunda escritura, a pagar a su sobrina seiscientos y cinquenta ducados cada año; y assi se presume, que se obligò *ex certa scientia*, aunque conste del error; Tenet *glossa in l. si quis. 12. ff. de nonatio. verbo suum*, donde dize, que en duda, quando el hecho fue proprio, *id est quod ex sua persona exceptio competebat, præsumitur scire, si ex aliena non*: Y pues aqui fue hecho propio, *constat de mente, & error non præiudicat, vbi aliàs constat de mente. l. demostratio. falsa, ff. de conditionib. & demonstrationib. Rota per Farinat. in recentior. tom. 1. decis. 181. num. 2.* Optimè *Bertazolo consil. 431. numer. 21. tom. 2.* donde dize: *Quod quando constat de mente, standum est instrumentum referenti, licét non appareat relatum.* Et in specie tenet *Rota per Farinat. in posthum. decis. 482. tom. 2. vbi fuit resolutum standum esse instrumento, quia error ad effectum recedendi, ab eo debet concludenter probari ab alleganti, maximè quando non est expressus, & patens, & non obstat quod sufficienter doceatur de errore dicendo rem aliter se habere ex instrumento enuntiato in concordia ad quod se retulit, quia ad prædicta fuit responsum quod error nihilominus non remanet concludenter probatus, quia vtrumque poterat contingere, scilicet, prout narratum fuit in instrumento cessionis, & quod dicti hæredes aliunde scirent, quod de pecunia Fanij, & de eius mandato extincti fuerit facti.*

Y esto procede en este caso; porque si el mismo don Diego sabia la forma, como el estaua obligado, pues era hecho suyo, no consistiò la substancia de la segunda obligacion en la relacion de la primera, sino en su voluntad, porque se quiso obligar a pagar los setecientos ducados en la forma que su hermana lo disponia en el testamento; y en esto no huuo error, ni lo pudo auer, pues no tuuo ignorancia, ni fue hecho ageno, sino suyo propio.

Pruebase este discurso con vna distincion que haze Fontanela *de pactis, claus. 4. gloss. 18. part. 2. num. 28.* donde dize, que la regla de la *l. asse toto. ff. de hæredibus instituend.* que prueba, que *relatum est in referente*, se entiende quando en el instrumento referente no se dispone nada con certeza, sino refiriendose al instrumento referido, *veluti instituo hæredem eum quem in codicillis scripsi, certum est quod ex quo testator exprimit, quem hæredem esse velit, propterea nihil operatur institutio, nisi constet de codicillis. Item si quis dixisset confiteor me debere Titio id quod constas ex libris, certum est quod*

nam

non constito de libris, & per eos quid quantumvè debeatur nihil noceret confessio, & sic de similibus. Et in his terminis procedit. l. asse toto, ff. de hæredibus instituendis, & DD. doctrinæ: claré Osascus decis. 39. num. 4. Secus verò est quando referens aliam scripturam, vel quid aliud claram monstrat, & apertam disponendi intentionem, veluti instituo Caium quem hæredem codicillis scripseram. Confiteor me debere Titio illa centum, quæ mihi anno elapso mutuauerat, vel quæ alias, & alia cum scriptura confessus fueram me debere eidem, ex causa venditionis cuiusdam æqui. In quibus casibus certificamur de intentione disponentis, siue confitentis absque eo quod ad id recurrendum sit ad quod sit relatio. In his omnibus casibus relatum non est in referente, vt non constito de eo nihil referens oponeretur, sed imo in eo est clara disponentis dispositio, & confitentis confessio. Esta doctrina la prueba Fontanela con la. *l. si sic 75. §. 1. ff. de legatis* 1. con *Felino in cap. 2. num. 10. de rescriptis. Matienzo lib. 5. tit. 4. Recopil. l. 2. gloss. 9. á num. 11. Peregrino de fideicommis. artic. 16. numer. 11. Grammat. decis. 59. per totam.*

Y aunque Fontanela parece que se limita, *quando constat de errore, vel de contrario, adhuc* su limitacion no se ha de entéder generalmente, sino con la distincion que haze la mesma. *l. si sic 75. §. 1. ff. de leg. 1.* que refiere, y pondera por notable el mismo Fontanela, *videlicet,* quando se expressa la cantidad, y consta de la intencion, y mente, como si dixesse el testador: Mando a Pedro ciento que le debo por tal escritura, o por tal causa, *tunc etiam,* aunque no se los deba, y conste lo contrario de la escritura, se han de pagar los ciento; porque consta de mente, y la falsa demonstracion y causa, no vicia, *§. huic proxima 30. & §. longe magis 31. instit. de legat. vbi Pichardo.* Y este es el caso propio de la. *l. si sic, §. 1.* y del *§. sed si vxori 26. vers. sed si quam non acceperit dotem instit. de legat. l. 3. l. fin. C. de falsa causa adiecta legat. vbi glossa verbo debetur. l. legaui 25. in fin. ff. de liberat. legat. l. qui vxori 18. ff. de auro & argent. legat. l. cum scriptum 6. ff. de dote prælegat. l. Lutius 88. §. quisquis el 2. ff. de legat. 2. vbi glossa verbo, sed ex fideicommiss.*

Pero quando el testador dixo: Mando a Pedro diez que me debe Iuan. Si no los debe, no vale el legado; porque no quiso el testador que se pagassen de su hazienda, sino de la del otro, y es en cierta manera legado condicional. Assi lo prueba la. *l. si sic, §. 1. ff. de legat. 1. in fin.* Y la razon de diferencia en este caso, y el primero, consiste, en que el testador que lega la cantidad que le debe el otro, no tanto lega la cantidad, quanto la accion; y assi es necessario que la deuda sea cierta. *Sic explicat Magistraliter*

Pichardo in dict. §. sed si vxori, vers. sed si quam, instit. de legat. ibi, *Et est ratio, nam qui decem legat, quæ sibi debentur, si debitori legat, videtur ei tantum voluisse legari liberationem, si vero alij legat, tunc videtur legare actionem ad ea decem petenda. Plane, nec liberatio in eo intelligi potest, qui non tenetur, nec actio aduersus eum, qui nihil debeat, & in hoc legatum inutile est. Secus est quãdo testator legat decem, quæ debere putat, semper enim illa decem de suo Patrimonio abesse voluit. Sicque intelliges nostrum textum, & iura supra citata.*

Conforme a esta dotrina, no se puede poner duda en que esta disposicion valiò, respeto de la testadora; porque quãdo ella dispuso, su hermano era su deudor verdadero, y tenia accion contra el: y aunque no la tuuiesse despues de su muerte, bastò que consintiesse en su disposicion y legados; porque de su consentimiento naciò la accion, y aunque no debiesse, quiso que se pagasse aquella cantidad de su Patrimonio, como se pagàra del de la testadora, si ella dixera q̃ la debia, aũque no la debiesse. Y la misma razon milita en el que lega, q̃ en el que consiente el legado, porque ambos legã y donan. *l. quæ liberti. 8. §. quod si filius, ff. de donat.* ibi, *Quod si filius familias Patris iussu, aut voluntate donauit, perinde est, ac si pater spe donauerit, aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo dones. l. 2. §. cum verò, ff. eodem*, ibi, *Cum veró ego Titium pecuniam donaturus te, qui mihi tantumdem donare volebas, iussero Titio promittere inter omnes personas, donatio perfecta est.* Y el que consiente en la donacion que otro tercero haze de sus bienes, es visto que el los dona, y enagena. *l. seruus 38. §. 1. ff. de donat. inter vir. l. 2. C. si aduersus vendit. Bartolus in l. quæ dotis 30. ff. solut. matr. additionatores ad Molin. de primog. lib. 2. cap. 2. num. 7. Tiraquellus in l. si vnquam, verbo donatione largitus, num. 294. & 346. & in. ll. connu. l. 16. verbo contractor. gloss. 5. num. 149. l. pater. 22. ff. de manumiss. vindicti. l. si consenciente 16. ff. de manumissionib. l. nepos 22. ff. eod. In specie Flores de Mena ad Gãm. decis. 218.* donde dize, que si vno testa de cosa agena, y lo consiente el dueño, no lo puede el mismo cõtradezir. Y asi no se puede escusar don Diego, por dezir que errò en la causa; porque de parte de la hermana no huuo persuasion, ni induccion alguna, ni ella le pidiò, que se obligasse, sino èl voluntariamente, auiẽdo visto, y entendido la voluntad, y disposicion de su hermana, le acetò, y se obligò: y en este caso, aunque fuesse nula la disposicion de la hermana, èl la hizo valida con su aprobaciõ y obligacion espontanea, y asi la debe cumplir, porque se presume auerlo hecho ex certa scientia. *Textus est in. l. non dubium. C. de testament.*

ment.ibi, *Etsi voluntas defuncti circa legatã, seu fideicommissa, seu libertates legibus non sit subnixa, tamen si sua sponte agnouerit implendi, eam necessitatem habeat.* Y aqui la glossa, verbo *ignouerint*, dize: *Scilicet soluendo sciens voluntatem non valere, vel promittendo sciens similiter non valere.* Y la sciẽcia se prueba *eo ipso*, que el hecho es propio, en que no se presume ignorancia; y auiendo confessado don Diego, que era verdad todo lo que su hermana dezia, y siendo assi, que èl sabia bien que no lo era, porque era su mismo hecho, se obligò scienter, y por esso dixo, que se obligaua de nueuo, y no se puede escusar de pagar, *ex traditis per Socin.consl.79. volum.4.nu.32.* ibi, *Circa secundam difficultatem videbatur dicẽdum, quod quamuis disposita in testamento non valuisset, tamen dictus Ioannes hæres cogi possit ad solutionem dictæ quantitatis; primo quia dictus Ioannes per stipulationem promissit dictam quantitatem, & consequenter videtur approbasse testamentum inualidum, & cogi posse ad satisfaciendum per textum, ibi cum notat in. l. non dubium. §. illud. C. de testamentis. l. 2. de fideicommiss.* Et ibi, *Tertio confirmatur, quia dictus Ioannes dicit in proprio instrumento se promittere ex certa scientia, propter quæ verba videtur, quod non possit ignorantiam indebiti allegare per ea quæ ponit Bartolus in. l. si dari de verbor. obligat.* Et ibi, *Quinto quoniam hic concurrit testamentum, & promissio hæredis, cap. 1. de entregua & pace sexto & vltimo, quia contra instrumentum guarentigiæ Ioannis, ex forma statuti non potest aliqua exceptio opponi, nec iudicis officium implorare: ergo videntur quod cogantur omnino soluere quantumque tanquam indebitum possint repetere.*

Y aunque el mismo Socino resuelue lo contrario en el caso en que habla, fue porque alli huuo ignorancia, y error justo del heredero, y no se errò en el hecho propio, como aqui, *ut satis patet* de las respuestas de Socino. *Probat in specie Carolus Ruinus consil.81.num.19.volum.3.* ibi, *De consensu etiam filiorum non potest rationabiliter dubitari, quia de illo constat ex publicis instrumentis, & præsente Cæsare, & acceptante, nec possunt excusari prætextu alicuius erroris iuris, vel facti, quia ante consensus præstitum fuerunt tám in iure, quàm in facto plenè informati, & de omnibus certi.* Lo mismo dize Veroio, *consl.2. volum.2.nu.41.* ibi, *Ait in casu nostro, ex quo dicti coniuges viderunt, & considerauerunt testamentum Laurentij, debuerunt, & verosimiliter potuerunt videre numerum testium, & an scriptũ esset in eo, &c. Quia hoc vitium erat patẽs: ergo si huiusmodi error, qui facti dicitur allegetur, dicitur crassus, & supinus qui patens, & talis est, vt non debeat prodesse allegantí.*

Y aunque en la obligacion huuiesse yerro respecto de la relacion que hizo la testadora, *adhuc* no prejudica a los terceros, en

en cuyo fauor se obligò don Diego de Parraga, porque ellos no dieron causa al yerro, ni interuieron, y seles adquiriò derecho de la obligacion, sin que se les pueda oponer del yerro, porque solo tratan de cobrar lo que es suyo por la obligacion. *Sic probat textus in. l. cum in fundo. §. fin. 78. ff. de iure dotium,* ibi, *Si marito dotis nomine stipulanti promissit, per errorem is qui exceptione tutus erat, nec soluat, cogetur ei soluere. l. si donaturus. §. 1. ff. de condit. causa dat caus. non secut.* ibi, *Si quis indebitam pecuniam per errorem iussu mulieris sponso eius promisisset, & nuptiæ secutæ fuissent exceptione doli mali uti non potest; maritus enim suum negotium gerit, & nihil dolo facit, l. si quis debitori. ff. de nouat.* ibi, *Sed si per ignorãtiam promisserit creditori, nulla quidem exceptione aduersus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit.* Lo mismo prueba la. *l. si non debitorẽ,* la. *l. doli,* la. *l. si Titius, ff. eodem tit.* Y dà la razon la. *l. doli. §. diuersum,* ibi, *Ideo autem denegantur exceptiones aduersus secundum creditorem, quia in priuatis contractibus, & pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est, & debitorem actum est.* Y es buen texto la. *l. apud Celsum, § item quæritur, ff. de doli except.* ibi, *Item quæritur si debitor meus te circumueniebat, teque mihi reum dederit: ego qui abs te stipulatus fuero, deinde petã an doli mali exceptio obstet, & magis est ut non tibi permittatur de dolo debitoris mei aduersus me excipere, aduersus ipsum debitorem meum poteris experiri.*

Y no obstarà se oponga, que esto procede en acreedores, *ex causa onerosa, non ex lucratiua, veluti in donatione, vel legato, ut in. l. apud Celsum. §. si quis autem. ff. de doli excep. l. 2. §. aliud. ff. de donat.*

Porque se responde, que quando el que se obliga sabia, o debia saber (que es lo mismo) la excepciõ que tiene, o que la causa es erronea, por ser propio hecho, en que no se presume ignorancia, no se puede escusar de pagar y cumplir su obligacion, porque èl mesmo quiere hazer la donacion, como la hizo el otro. *Probat textus in dict. l. si quis delegauerit, ff. de nouationibus,* ibi, *Si quis delegauerit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videtur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur.* Y por esto no se le dà repeticion al que paga scienter lo indebido. *l. 1. ff. de condict. indebit.* Lo mismo prueba la. *l. 2. §. cum vero. ff. de donat.* y la. *l. in ædibus. § quod si filius familia. ff. eodem.* y los demas textos, y doctrinas referidas; y assi lo explica y entiende la glossa, *in dict. l. 2. ff. de donat. in princip. verbo promittere,* en cuya especie vn padre quiso donar a otro vna cantidad, y mandole a su hijo, que se obligasse en fauor del donatario, dize el texto, que es necessario ver si el hijo es deudor del padre de aquella misma cãtidad, o no:

o no; si lo es, vale la obligacion, y sino, no: y aduierte aqui la la glossa, que esto no procede quando el padre y el hijo pueden, y quieren donar; porque entonces es lo mismo que si ambos hizieran la donacion, *vt in dict. l. 2. §. cum verò, & dict. l. in ædibus. §. quod si filius.*

Pero si el q̃ se obliga en fauor del donatario, no era deudor verdadero del donãte, y se obligò por yerro, o ignorãcia, pẽsando q̃ lo era *iussu donantis*, en estos terminos *non tenetur, vt expresse ait text. in d. l. 2. §. aliud. ff. de donat.* Y la razon de diferencia es, que en este segundo caso, el que se obliga no dona por su voluntad, sino por la induccion, o mandato del donante, como lo aduierte el texto, ibi, *Iussu tuo spoponderim ei qui donare volebã.* Y en estos terminos es el error justo, porque se fundò en la induccion, y en el dolo que tuuo el mandante en la especie de aquel texto, *vt patet*, ibi, *Exceptione doli mali tueri me potero.*

Pero en el caso deste pleyto falta todo esto, porque aqui no huuo mandato de la testadora, ni dolo, ni persuasion; porque ella disponia en su testamento de aquella cantidad, q̃ entendiò que le debia su hermano, sin hablar con el, ni pedirle nada, y èl espontaneamente se ofreciò, acetò, y aprobò aquella disposicion, como si fuesse la deuda verdadera, y cierta, y esso quiso dezir en aquellas palabras, ibi, *Declarando, como declaro, que la relacion desta clausula es cierta, y verdadera, otorgo, y aceto, y me obligo, &c.* Y supuesto que èl sabia que no lo era, fue quererse obligar, y hazer la misma donacion por su voluntad, y la boluiò a ratificar, y hazer de nueuo, para que no fuesse necessario recurrir a la primera obligacion de la capitulacion, *vt patet*, ibi, *A todo lo qual y en caso necessario, y para mayor demostracion de mi voluntad y desseo, me obligo de nueuo, con las clausulas, y firmezas, juramentos, y renunciaciones de leyes, y de fuerças que para su validacion se requieran.* Y si èl estuuiera obligado a esto mesmo por la capitulacion, para que era esta segunda obligacion espontanea, pues fuera ociosa? Y assi, lo cierto fue que la hizo, porque sabia que no estaua hecha en esta forma, y por esso se quiso obligar ex certa scientia, por cumplir, y executar la voluntad, y disposicion de su hermana, *dict. l. non dubium, C. de testam.* ibi, *Si sua sponte agnouerit. l. de ætate. §. 1. ff. de interrogat. act.* ibi, *Si quis cum hæres non esset, interrogatus responderit ei parte hæredem esse, sic conuenietur, ac si ex ea parte hæres esset, fides enim ei contra se habebitur, qui ex quadrante hæres non esset. Responderit se hæredem esse instituta actione conuenietur.*

 Y quan-

Y quando huuiesse duda en si lo sabia, o no; se ha de presumir que lo sabia, y lo hizo *ex certa scientia*, porque era hecho suyo. *Vt expresse notat glossa in dict. l. si quis debitori, ff. de nouat. verbo suũ; ibi, Sed quid si est dubium sciuerit, vel ignorauerit. Respondeo si ex sua persona ei competebat, præsumatur scire; si ex aliena, non.*

De manera, que al acreedor lucratiuo le obsta la excepcion del dolo, y del error, quando se obligò el deudor *iussu donantis, seu creditoris putatiui, & eius dolo.* Pero quando se obliga *scienter sponte*, no le obsta, porque èl mismo dona; y esta distincion no es necessaria en el acreedor, *ex causa onerosa*; porque quier lo sepa, o quier lo ignore el que se obliga, *semper tenetur, quia suum recipit.* Y desta manera se entienden todos los textos desta materia, que alega la glossa en la *l. 2. §, aliud. ff.* de donat. verbo *iussu tuo.*

Esto procede por Derecho comun, por cuya disposicion no se podia adquirir alteri per alterum; y assi era necessario que el acreedor ex causa onerosa fuesse dueño de la accion, y la adquiriesse legitimamente. Y por esso el texto dize que no le obsta la excepcion de dolo, ni el engaño con que procedio el que se obligò en su fauor, *quia suum recipit.* Y este es el potissimo fundamento y razon de los textos, porque recibe el acreedor lo que es suyo, por auerlo adquirido por el contrato precedente. Y esta misma razon milita oy por derecho del Reyno, porque conforme a la *l. 2. tit. 16. lib. 5. recop.* como cada vno quiere obligarse, queda obligado. Y de aqui resulta que al mismo instante q̃ se haze la obligacion, *aut ex causa onerosa, aut lucratiua*, en fauor de el tercero, se le adquiere aunque estè ausente. *Sic tradit Matienzo in. d. l. 2. glos. 5. per totam, præcipuè num. 6. Feliciano de censib. tom. 2. cap. 4. n. 53. Mieres de maioratib. 1. p. q. 24. n. 25. & seqq.* donde resuelue q̃ se le adquiere al tercero sine cessione. Y en el *num. 39.* dize, *quod paria sunt ius tertio quæsitum ex propria stipulatione, vel alterius pro se ipso interposita.* Y assi el donatario adquiere accion eficaz por la obligacion que en su fauor se haze, y justamente puede dezir que recibe lo que es suyo, y q̃ no le obsta la excepcion de dolo, o error que huuo, o pudo auer entre el obligado y el otro con quien cõtratò, y no ay diferencia entre el acreedor *ex causa lucratiua, vel onerosa.* Y assi el acreedor lucratiuo con hypoteca, tiene prelacion a los acreedores de causa onerosa, porque todos se regulan de vna misma manera. *Feliciano de censib. lib. 3. p. 1. cap. 5. n. 25. per. l. 1. C. de iure fisci, lib.* 10. y refiere a Geronymo Gabriel, que dize, que no ay distincion en quanto a la prelacion entre lucratiuo y

uo y oneroſo. Comprobat ex pluribus *Carraſco in l. 41. tit. 4. lib. 3 recop. cap. 11. n. 208.*

Y como quiera que ſea, ſupueſto q̃ en eſte caſo no huuo mandato de la teſtadora, ni induccion, ni dolo, y ſu hermano ſe obligô ſpontaneamente, porque ſe cumplieſſe la diſpoſicion de ſu hermana, aunque fueſſe erronea, ſe ha de executar, porque ſe obligò *ex certa ſcientia*, y aſsi ſe preſume por ſer hecho proprio, y no es excepcion liquida, ni clara, pues puede ſer lo vno, y lo otro, *vt in ſpecie conſiderauit Rota per Farinat. in poſthumis, deciſ. 482. to. 2* Y aſsi no ſe puede impedir el remate, y mucho menos la execucion, porque en los diez dias ſe probarà por D. Diego de Melo, como ſe obligò don Diego de Parraga (ſabiendo que no eſtaua obligado) en fauor de la ſobrina, y que aſsi lo dixo, y publicò entonces, con que ſe coadjubarà la preſuncion q̃ reſulta de ſu obligacion. Salua, &c.

Don Lorenço del Caſtillo y Gallegos.

uo y onerato. Comprobat ex pluribus Gam. [illegible] *dec. 4.* [illegible]
resp. [illegible] *n.* 208.

Y como quiera que sea, supuesto q en este caso no huuo mandato de la cessadora, ni traduccion, ni dolo, y su hermano se obligó spõtaneamente, sin que se cumpliesse la disposicion de la hermana, aunque fuesse cierto se ha de executar, porque se obligó ex causa *scientia*, y assi se presume por ser hecho proprio, y no es excepcion liquida, ni clara, pues puede ser lo vno, y lo otro, *vt in specie* [illegible] *resp.* [illegible]
Y assi no le puede impedir el remate, y mucho menos la execucion, porque en los tres dias se prouará por D. Diego de Melo, como se obligó don Diego de Parraga (sabiendo que no estaua obligado) en fauor de la sobrina, y que assi lo dixo, y publicó entonces, con que se conuencerá la presuncion q resulta de la obligacion. Salua, &c.

Don Lorenço del Castillo y Gallegos.